

Sygn. akt I AGa 257/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 marca 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SA Dorota Ochalska - Gola

Sędziowie: SA Michał Kłos (spr.)

SA Alicja Myszkowska

Protokolant: stażysta Dominika Gębka

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2020 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w N.

przeciwko T. S. i M. S. – wspólnikom spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe (...) s.c.

w S.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 9 sierpnia 2019 r. sygn. akt X GC 945/16

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w N. na rzecz T. S. i M. S. – wspólników spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe (...) s.c. w S. kwotę 8.100 (osiem tysięcy sto) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I AGa 257/19

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Łodzi oddalił powództwo w pkt 1., zasądził od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 10.817 zł, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2.), zaś w pkt 3. nakazał ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 6.354,42 zł tytułem poniesionych przez Skarb Państwa wydatków. Powyższy wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny podziela i uznaje za podstawę również własnego rozstrzygnięcia, a które w zasadniczych elementach przedstawiają się następująco:

W dniu 22 kwietnia 2016 r. strony zawarły umowę w wyniku udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (...) -16/16 prowadzonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek wyboru oferty złożonej przez pozwaną. Zamawiający powierzył wykonawcy do wykonania roboty budowlane złożone w ofercie w postępowaniu przetargowym pt.: „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego (z 18 lokali mieszkalnymi) z miejscami parkingowymi w części podziemnej na terenie przy ul. (...) w G. w zakresie opisanym szczegółowo w umowie. Zakres robót związanych z wykonaniem budynku obejmował dwa etapy, przy czym do pierwszego wchodziło wykonanie prac takich jak m.in.: usunięcie kolizji istniejących linii kablowych (w tym m.in. wykonanie przedmiarów robót oraz kosztorysu, przygotowanie terenu budowy – urządzenie i zasilenie placu budowy), wybudowanie budynku wraz z instalacjami wewnętrznymi i urządzeniami technicznymi, wybudowanie przyłączy instalacji do sieci wodociągowej – kanalizacyjnej, kanalizacji deszczowej, elektroenergetycznej, oświetlenia terenu i teletechnicznej, a do drugiego – uzyskanie przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie obiektu (§ 1 umowy). Strony umówiły się na zakończenie wykonania przedmiotu umowy na dzień 30 listopada 2016 r., zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym robót. Wskazana data oznaczała także datę, do której do zamawiającego miało zostać dostarczone ostateczne i prawomocne pozwolenie na użytkowanie obiektu (§ 2 ust.1). Wykonawca w terminie 5 dni od dnia podpisania umowy miał obowiązek przedstawienia „szczegółowego harmonogramu realizacji rzeczowo – finansowej zadania”, uwzględniającego realizację robót w trybie i na warunkach określonych w § 3 ust. 2 pkt 7 oraz zaakceptowaniu przez zamawiającego, bez konieczności zmiany niniejszej umowy. W przypadku braku wykonania harmonogramu rzeczowo – finansowego, w trybie i na warunkach określonych w § 3 ust. 2 pkt 7 zamawiający uprawniony był do zastosowania kar z § 11 ust. 1 pkt 2 umowy - (§ 2 ust.2). Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji umowy w przypadkach określonych w § 14 umowy. Zmiana terminu realizacji umowy następować miała na podstawie pisemnego porozumienia stron (§ 2 ust.3). W przypadku, gdy wykonanie jakiegokolwiek zobowiązania wynikającego z umowy zostałoby uniemożliwione, ograniczone lub naruszone w wyniku siły wyższej, strony miały nie ponosić odpowiedzialności za wzajemne niewykonane lub nienależyte wykonanie zobowiązań (§ 2 ust.4). Strony określiły, że do siły wyższej nie zalicza się zdarzenia zawnionego przez stronę albo osobę trzecią, za którą strona odpowiada, braku środków finansowych, chyba, że ich brak wynikał z siły wyższej (§ 2 ust.5). Do obowiązków wykonawcy należało w szczególności przedstawienie zamawiającemu w terminie 5 dni od dnia podpisania umowy, harmonogramu rzeczowo – finansowego robót oraz uzyskanie pisemnej akceptacji zamawiającego. Harmonogram miał zawierać wykaz wszystkich robót wraz z terminami ich rozpoczęcia i zakończenia oraz wartością poszczególnych robót określoną przez wykonawcę (§ 3 ust. 7), a także protokolarne przejęcie placu budowy (§ 3 ust.10). Strony umówiły się, że za wykonane roboty budowlane łączna wartość wynagrodzenia ryczałtowego z podatkiem VAT wynosiła 3.649.479,36 zł (§ 7 ust.3). W § 11 strony uregulowały uprawnienie zamawiającego do naliczania wykonawcy kar umownych:

- za opóźnienie w wykonaniu zobowiązań określonych w umowie w wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia brutto, za każdy dzień opóźnienia lub zwłoki liczony od terminów, o których mowa w § 2 ust. 1 lub od terminów określonych w harmonogramie rzeczowo – finansowym,

- z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wartości przedmiotu umowy brutto określonej w § 7 ust. 3 (§ 11 ust. 1 pkt 1, 6).

Obowiązki kierownika projektu powoda pełnić miał B. N. (1), a ze strony zamawiającej do wydawania poleceń miała prawo M. W. (§ 12 ust. 1,2).

Zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy w całości lub w części, jeżeli wykonawca nie podjął realizacji robót objętych umową w ciągu 5 dni od daty rozpoczęcia robót, wynikających z harmonogramu wykonywania prac. Z uprawnienia do odstąpienia od umowy, określonego w zdaniu poprzedzającym zamawiający mógł skorzystać, w terminie 60 dni od dnia stwierdzenia niepodjęcia robót przez wykonawcę (§ 13 ust. 1 umowy).

Zamawiający uprawniony był do wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym, bez zachowania okresu wypowiedzenia, po bezskutecznym upływie wyznaczonego dodatkowego terminu 7 dni, w przypadku gdy:

- 1) wykonawca, pomimo uprzednich pisemnych zastrzeżeń, nie wykonywał robót zgodnie z warunkami umownymi lub w rażący sposób zaniedbywał zobowiązania umowne,
- 2) wykonawca wykonywał przedmiot umowy w sposób wadliwy,
- 3) wykonawca opóźniał się z wykonaniem przedmiotu umowy, w całości lub w części (wykonawca miał wskazać w harmonogramie kamienie milowe zadania, nie później niż wskazane w §2 ust. 1 pkt1) o 21 dni w stosunku do harmonogramu rzeczowo-finansowego,
- 4) wykonawca zaniechał realizacji prac bez żadnej uzasadnionej przyczyny przez okres dłuższy niż 7 dni,
- 5) wykonawca nie wykonał obowiązku, o jakim mowa w: § 8 ust 1 (tj. miał obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 5% wartości przedmiotu umowy – 182.473,97 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej) i w § 8 ust. 5 (zapewnienie obowiązywania zabezpieczenia przez cały okres obowiązywania umowy),
- 6) w stosunku do wykonawcy złożono wnioski o ogłoszenie upadłości lub wszczęto postępowanie naprawcze lub likwidacyjne wobec majątku wykonawcy, a także w przypadku podjęcia uchwały lub innej decyzji o rozwiązaniu lub likwidacji wykonawcy (§13 ust.1-2).

Zgodnie z § 13 ust 3 umowy oświadczenie o odstąpieniu od umowy, jak również oświadczenie o wypowiedzeniu umowy, powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

W przypadku odstąpienia od umowy, względnie jej wypowiedzenia, strony w terminie 7 dni od daty odstąpienia lub wypowiedzenia umowy, miały przystąpić do sporządzenia szczegółowego protokołu zrealizowanego zakresu przedmiotu umowy wg stanu na dzień odstąpienia. W przypadku, gdy wykonawca nie stawia się na czynnościach odbiorowych zamawiający uprawniony był do sporządzenia protokołu jednostronnego - w takim przypadku wykonawca mógł przyjąć, ustalenia protokołu odbioru, jako własne (§13 ust.4).

Zamawiającemu przysługiwało również prawo do odstąpienia od umowy w całości lub w części, w terminie jednego miesiąca, od daty wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i zamawiający odstąpił od umowy w terminie jednego miesiąca od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W takim wypadku wykonawca mógł żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy (§13 ust.7).

Strony przewidziały możliwość istotnych zmian postanowień umowy w przypadku wystąpienia m.in. przyczyn o charakterze obiektywnym, w tym okoliczności zależnych od zamawiającego lub okoliczności wynikających z działań inwestora (np. wydłużenie lub skrócenie terminu realizacji zadania, istotna zmiana w dokumentacji projektowej) – jeśli zamawiający dopuścił się możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia, zmianę wynagrodzenia umownego oraz zmianę sposobu realizacji przedmiotu umowy (§14 ust1 pkt2 umowy).

Pozwani zagwarantowali zapłatę do kwoty 182.473,97 zł tytułem gwarancji realizacji umowy z 22 kwietnia 2016 r. na rzecz beneficjenta (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w N.. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...) została zawarta 22 kwietnia 2016 r. z (...) Towarzystwem (...) w W..

W dniu 26 kwietnia 2016 r. pozwani protokolarnie przyjęli teren budowy od powoda, w którego imieniu wystąpił kierownik budowy M. W.. W ciągu 5 dni od dnia podpisania umowy współnik M. S. przekazał powodowi harmonogram.

Pomiędzy T. J. działającym z ramienia pozwanych a M. W. od końca kwietnia 2016 r. toczyła się korespondencja mailowa dotycząca przesłania harmonogramu rzeczowo – finansowego przygotowanego przez pozwaną spółkę cywilną dla powoda.

Ostatecznie w dniu 24 maja 2016 r. strona pozwana przedłożyła harmonogram rzeczowo – finansowy powodowej spółce, która go zaakceptowała.

Zgodnie z harmonogramem roboty ziemne (dotyczące wykopu pod budynek) miały trwać od 1 do 3 tygodnia czerwca 2016 r.

W dniu 6 czerwca 2016 r. pozwani rozpoczęli roboty ziemne – zabicie ścianki szczelnej, zabezpieczającej wjazd. Warunkiem koniecznym rozpoczęcia robót ziemnych było wcześniejsze ukończenie robót związanych z przekładaniem sieci energetycznej. Pozwani zgłosili powodowi, że sieć ciepłownicza niskich parametrów znajdowała się metr od działki. Roboty ziemne pozwanych zostały zakończone 25 maja 2016 r. Również do tego dnia zostały wytyczone konstrukcyjne osie, wyznaczające położenie wykopu.

W dniu 24 czerwca 2016 r. na etapie wykonywania wykopów odnotowano konieczność przeprowadzenia dodatkowych badań gruntu, a następnego dnia zostały wykonane dodatkowe otwory geotechniczne badawcze, potrzebne dla dokładniejszego określenia rodzaju gruntu zalegającego poniżej poziomu posadowienia budynku, ponieważ jego stan był inny, niż założony przez konstruktora w projekcie konstrukcji.

Po wykonaniu badań gruntu stwierdzono, że konieczna jest jego częściowa wymiana wraz z zagęszczeniem. Roboty dodatkowe, polegające na wymianie gruntu, zakończono 4 lipca 2016 r. i przeprowadzono kontrolę prawidłowości zagęszczenia gruntu. Pomiedzy powodem a pozwanymi odbyły się rozmowy o uznaniu powyższych prac za roboty dodatkowe, ale zamawiający – powód nie wyraził zgody. Budzący wątpliwości grunt zalegał na około 20% powierzchni wykopu. Ilość dni, przewidziana harmonogramem na wykonanie robót ziemnych w zakresie wykopu, wynosiła 23. W dniu 24 czerwca 2016 r., z uwagi na stwierdzenie zalegania poniżej poziomu posadowienia warstw gruntu nieuwzględnionych w projekcie konstrukcji, pozwani musieli przerwać roboty i zawiesić je do czasu otrzymania decyzji projektanta, co do dalszego postępowania. W dzienniku budowy brak było wpisów dotyczących przekazania projektantowi decyzji, związanych ze stwierdzoną zmianą warunków posadowienia budynku. Projektant dokonywał opracowania danych geotechnicznych, co trwało około dwa tygodnie. Pojawiał się na placu budowy na wezwanie pozwanych i przeprowadzał nadzór nad wykonanymi pracami. W toku współpracy pojawiały się zgłoszenia, co do problemów kontaktu z projektantem, co wpływało na tempo prac. W toku prac pozwani zgłosili konieczność zmian projektu fundamentów w zakresie wykonania płyty fundamentowej zamiast ław fundamentowych w strefie wjazdu do garażu, ponieważ nie było już możliwe wykonanie fundamentów w wersji projektowanej z uwagi na wcześniejsze wykonanie robót sieciowych. Projektant musiał dodatkowo poświęcić czas na opracowanie zamiennego projektu konstrukcji w zakresie fundamentów. Zmiany w projekcie płyty fundamentowej wstrzymywały prace. Prowadzenie w tym czasie prac w innych miejscach było nieuzasadnione organizacyjnie i ekonomicznie.

Zmiany projektowe prowadzone były praktycznie przez cały czas trwania robót ziemnych. Roboty ziemne prowadzone były w warunkach utrudnionych poprzez konieczność oczekiwania na decyzje projektowe, związane z wystąpieniem odmiennych warunków gruntowych niż te, wynikające z projektu. Zakończenie robót ziemnych nastąpiło 5 lipca 2016 r., a więc w następnym tygodniu po terminie przewidzianym w harmonogramie. W opisanych okolicznościach było usprawiedliwione i niespowodowane przyczynami, leżącymi po stronie pozwanych.

Roboty fundamentowe zostały rozpoczęte 24 czerwca 2016 r. Zgodnie z harmonogramem, rozpoczęcie robót fundamentowych powinno nastąpić w następnym tygodniu po rozpoczęciu robót ziemnych, czyli w drugim tygodniu czerwca.

Powód w dniu 7 lipca 2016 r. wystąpił do projektanta o wykonanie projektu na płytę fundamentową i oczekiwał na dostarczenie podpisanego projektu.

W dniu 14 lipca 2016 r. pozwani zwracali się z prośbą o udzielenie informacji, kiedy otrzymają projekt płyt fundamentowych.

Projekt płyty fundamentowej przed wjazdem do garażu miał zostać przekazany po pomiarach geodezyjnych, które miały się odbyć 22 lipca 2016 r.

W dniu 25 lipca 2016 r. pozwany skierował do powoda pismo dotyczące kosztorysu ofertowego na wykonanie płyty fundamentowej PF-3 – wartość kosztorysowa netto wynosiła: 35.056,51 zł oraz dotyczące kosztorysu robót zaniechanych łąw i stóp fundamentowych.

Opóźnienie w rozpoczęciu robót fundamentowych (równe około dwóm tygodniom), spowodowane zostało przedłużeniem wykonywania robót ziemnych i wyniosło co najmniej dwa tygodnie. Opóźnienie rozpoczęcia robót fundamentowych o około dwa tygodnie było spowodowane przyczynami, na które pozwani nie mieli wpływu.

W dniu 22 lipca 2016 r. pozwany rozpoczął prace związane z wykonaniem ścian i filarów. Harmonogram przewidywał rozpoczęcie tych robót od trzeciego tygodnia czerwca 2016 r. Rozpoczęcie tych robót nastąpiło z opóźnieniem około czterech tygodni. Opóźnienie o dwa tygodnie było wynikiem opóźnienia w wykonywaniu robót ziemnych.

Ponadto w okresie poprzedzającym, w dniach 14-15 lipca 2016 r. miało miejsce zalanie wykopu wodą opadową wskutek ponadnormatywnego deszczu, które utrudniło prowadzenie robót, zarówno poprzez konieczność usunięcia szkód, jak i wskutek niemożności prowadzenia robót podczas trwania opadów. Nastąpiło również podmycie i osunięcie części skarp wykopu. W wyniku tego zdarzenia osunęły się kable niskiego napięcia oraz odkrył się kabel średniego napięcia jak również ciepłociąg niskich parametrów. Należało przeprowadzić prace zabezpieczające.

Jak wynika z zapisu w dzienniku budowy, w dniu 11 lipca 2016 r. zakończono wykonanie ścianki szczelnej (tzw. ścianki berlinki), natomiast wg harmonogramu roboty te miały być zakończone w trzecim tygodniu czerwca.

Opóźnienie wykonania ścianki szczelnej wyniosło trzy tygodnie i miało związek m. in. z koniecznością wprowadzenia zmian do jej zatwierdzonego projektu z uwagi na zmianę przebiegu sieci na działce. Za powyższe okoliczności (związane z opóźnieniem wykonania ścianki) nie odpowiadali pozwani. Dwa tygodnie opóźnienia wynikało z zakłócenia przebiegu robót ziemnych, a trzeci mógł być rezultatem opóźnienia wykonania ścianki szczelnej. Ten ostatni okres mógł mieć wpływ na bezpieczeństwo robót związanych z wykonywaniem elementów żelbetowych poniżej poziomu otaczającego terenu. Biorąc powyższe pod uwagę, nie można jednoznacznie przypisać winy za opóźnienie robót betoniarskich wyłącznie pozwany.

Ponadto kabel średniego napięcia biegł w odległości ok. 70 cm od fundamentu budynku, a minimalna normatywna odległość wynosiła 1,5 m. Projektant wyjaśnił, że nie uzgodnił kwestii przełożenia tego kabla z zakładem energetycznym. Ostatecznie kabel ten nie został przełożony. Wpływało to na wydłużenie czasu wykonania robót trwających w lipcu.

Na początku maja 2016 r. pozwani zawarli z (...) SA w G. umowę o usunięcie kolizji położenia urządzenia lub sieci elektroenergetycznej, które uniemożliwiało lub utrudniało korzystanie z nieruchomości. Usunięcie kolizji miało nastąpić poprzez przebudowę istniejących sieci elektroenergetycznych zgodnie z warunkami przebudowy.

Powód miał zastrzeżenia co do małej liczby pracowników pozwanych.

Na przedmiotowej budowie występowały takie okoliczności, które generowały okresowy brak frontu robót lub też jego znaczne ograniczenie.

Kolejną okolicznością, jaka miała wpływ na wstrzymanie prac była kwestia wykonywania prac podwykonawców pozwanych w zakresie robót żelbetowych, na których ustnie zgodził się powód, a następnie wycofał swoją akceptację. Wartość prac, jaką pozwani zawarli w umowie ze swoim podwykonawcą była wyższa niż wysokość umowna wynagrodzenia pozwanych od powoda. Dlatego powód początkowo nie chciał się zgodzić na taką umowę z podwykonawcami. Pozwani prowadzili rozmowy z podwykonawcami zaraz po podpisaniu umowy z powodem. Ostatecznie po upływie około miesiąca powód zgodził się na wskazanych podwykonawców.

Wykonawca na dzień 30 czerwca 2016 r. znajdował się w trzytygodniowym opóźnieniu w stosunku do przedstawionego harmonogramu. W załączeniu do pisma z 4 lipca 2016 r. pozwani dostarczyli powodowi do akceptacji uaktualniony harmonogram rzeczowo – finansowy przewidujący późniejsze terminy realizacji poszczególnych etapów prac. Harmonogram ten zawierał wykaz prac w terminach realnych do wykonania. Powód narzucił pozwanym harmonogram, jaki miał z inwestorem. Harmonogram różnił się od tego, zamieszczonego w dokumentacji przetargowej. Powód nie zgodził się na terminy ani wartości poszczególnych etapów robót zaproponowane w złożonym uaktualnionym harmonogramie. Wyzaczył pozwanym 7 – dniowy termin na dostosowanie prac do harmonogramu pod rygorem wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym oraz naliczaniem z tego tytułu kar umownych. W sprawie umowy podwykonawczej na wykonanie stanu surowego budynku z Przedsiębiorstwem Budowlanym (...) z siedzibą w Ż. powód wyraził stanowisko, że nie akceptuje podzlecenia robót podwykonawcy.

Opóźnienie w wykonywaniu robót budowlanych na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego na działce przy ul. (...) w G. wyniosło około 37 dni. Minimalna ilość dni przewidywana na wykonanie umowy (tj. od dnia jej podpisania do dnia uzyskania ostatecznej decyzji) wynosiła 258 dni.

Zaś minimalny okres przewidziany przez strony na wykonanie prac licząc od 22 kwietnia 2016 r., tj. od dnia podpisania umowy, do 30 listopada 2016 r., tj. do dnia wykonania przedmiotu zamówienia wynosi 222 dni.

Minimalny czas potrzebny na wykonanie przedmiotu niniejszej umowy jest mniejszy, niż czas potrzebny na jej wykonanie licząc od dnia podpisania umowy do umownego terminu zakończenia robót. Terminowe wykonanie umowy nie było możliwe nigdy, poczynając od dnia jej podpisania. Oznacza to, że nie było ono również możliwe w dniu odstąpienia pozwanym od umowy, niezależnie od tego, czy istniało opóźnienie w prowadzeniu robót, czy też nie.

Pismem z 3 sierpnia 2016 r. pozwani oświadczyli powodowi, że z dniem 3 sierpnia 2016 r. odstępują od umowy z przyczyn, za które odpowiadał zamawiający, czyli powód. Przywołali oni następujące argumenty: brak zapewnienia przez zamawiającego przez cały okres trwania umowy funkcjonowania nadzoru autorskiego dla realizowanej przez niego inwestycji, pomimo wielokrotnego zwracania się wykonawcy, brak zapewnienia przez zamawiającego działań autorów dokumentacji projektowej w zakresie usuwania wad dokumentacji projektowej mimo wielokrotnych wezwań wykonawcy robót w tym zakresie, wadliwe wykonanie przez zamawiającego robót polegających na wykonaniu sieci ciepłowniczej w sposób inny niż ten opisany w dokumentacji projektowej, co spowodowało kolizję z planowaną ścianką szczelną (której realizacji była w zakresie umowy wykonawcy robót). Powyższe spowodowało konieczność dokonania istotnych korekt w dokumentacji projektowej (w zakresie robót wykonywanych przez firmę (...)) a tym samym znaczne opóźnienie w realizacji robót z przyczyn leżących po stronie zamawiającego; wadliwe wykonanie przez zamawiającego rozdzielni elektrycznej, która została usytuowana w miejscu planowanego wykopu realizowanego przez wykonawcę robót. Fakt ten skutkowało koniecznością przeniesienia wadliwie wybudowanej i wadliwie usytuowanej rozdzielni elektrycznej do nowej lokalizacji oraz kolejnym okresem wydłużenia czasu realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego; zaniechanie przez zamawiającego przełożenia kabli energetycznych średniego napięcia z miejsc w których kolidują one z planowanymi do realizacji przez wykonawcę robotami. Okoliczność ta utrudniła prawidłową i zgodną z przepisami realizację robót przez firmę (...); nieuwzględnienie przez zamawiającego wniosku wykonawcy robót o dokonanie zmian w harmonogramie rzeczowo finansowym robót. Wykonawca robót wystąpił z wnioskiem o zmianę harmonogramu rzeczowo finansowego robót, uzasadniając powyższe okolicznościami wymienionymi w pozycjach 3,4 i 5 niniejszego pisma, stwierdzając brak w tych okolicznościach jakiegokolwiek winy wykonawcy robót. Zamawiający odmówił dokonania wzmiankowanych zmian w harmonogramie tym samym uniemożliwiając wykonawcy realizację robót zgodną z treścią umowy; dezorganizację pracy wykonawcy robót poprzez wydawanie sprzecznych decyzji w odniesieniu do kwestii zatwierdzenia umowy podwykonawcy firmy (...), - zamawiający pismem z dnia 11 lipca 2016 r. poinformował wykonawcę robót o decyzji odmowy zgody na zawarcie przez firmę (...) umowy z podwykonawcą firmą (...), nie podając żadnych powodów swojej decyzji. Tym samym zamawiający skutecznie uniemożliwił zatrudnienie podwykonawcy, nie przedstawiając zastrzeżeń do treści umowy, lecz jedynie wyrażając swój sprzeciw. W kolejnym piśmie zamawiający zatwierdził z zastrzeżeniami (formułując ograniczenie wartości umowy zawieranej z podwykonawcą) umowę pomiędzy firmami (...). Taki tryb procedowania

i podejmowanie w krótkich odstępach czasu sprzecznych decyzji prowadzi do dezorganizacji pracy wykonawcy robót i wprowadza niepotrzebnie element niepewności w działaniach podejmowanych przez zamawiającego.

W dniu 3 sierpnia 2016 r. powód również oświadczył pozwanym, że odstępuje od umowy jednocześnie oświadczając, że nie uznaje odstąpienia pozwanym, z uwagi na brak podstaw do jego złożenia. Powodowa spółka wyznaczyła pozwanym 7- dniowy termin na dostosowanie prac do harmonogramu.

Następnie w piśmie z 19 sierpnia 2016 r. powodowa spółka ponownie złożyła oświadczenie pozwanym o odstąpieniu od przedmiotowej umowy w trybie natychmiastowym i ustosunkowała się do przyczyn odstąpienia od umowy pozwanym, które uznała za bezzasadne. Podała, że odstąpienie przez nią od umowy nastąpiło z powodu opóźnienia w realizacji przez pozwanym robót objętych umową, z przyczyn leżących po stronie pozwanym, które to opóźnienie nie pozwoliło na zakończenie robót w umówionym terminie. Pomiędzy stronami toczyła się obszerna korespondencja w sprawie kwestii związanych z odstąpieniem od umowy i rozliczeniem. Powód wezwał pozwanym do zapłaty kar umownych w kwocie 628.150,59 zł w terminie do 15 września 2016 r.

W dniu 28 czerwca 2016 r. pozwani wystawili powodowi fakturę VAT nr (...) za wykonanie robót budowlanych pt.: „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z miejscami parkingowymi w części podziemnej na terenie przy ul. (...) w G. zgodnie z umową z 22 kwietnia 2016 roku” oraz protokołem z 28 czerwca 2016 roku – faktura częściowa. Faktura obejmowała kwotę 264.400,50 zł z terminem zapłaty do 28 lipca 2016 r. Faktura została w całości zapłacona.

W dniu 28 czerwca 2016 r. pozwani wystawili powodowi fakturę VAT nr (...) za wykonanie robót budowlanych objętych umową z 22 kwietnia 2016 r. oraz protokołem z 28 czerwca 2016 r. na kwotę 260.280,00 zł z terminem zapłaty do 28 lipca 2016 r.

Z protokołu zaawansowania robót za okres od 31 maja 2016 r. do 28 sierpnia 2016 r. wynika, że zakres wykonanych prac objętych protokołem był zgodny z dokumentacją techniczną oraz umową na realizację zadania. Roboty wymienione w protokole zostały wykonane zgodnie z projektem i wprowadzonymi zmianami projektowymi.

W dniu 29 lipca 2016 r. pozwani wystawili powodowi do zapłaty fakturę VAT nr (...) za wykonanie robót budowlanych w ramach realizowanej umowy z 22 kwietnia 2016 roku oraz protokołu z 29 lipca 2016 r. – faktura częściowa, na kwotę 105.564,02 zł z terminem zapłaty do 28 sierpnia 2016 r.

Pismem z 13 września 2016 r. powód wezwał (...) Towarzystwo (...) w W. do zapłaty kwoty 182.473,97 zł z tytułu zabezpieczenia roszczeń beneficjenta gwarancji w stosunku do wykonawcy, z tytułu zapłaty kary umownej naliczonej w związku z odstąpieniem przez beneficjenta gwarancji od umowy z 22 kwietnia 2016 r., które nastąpiło wskutek nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie (...) Towarzystwo (...) w W. zwróciło się do pozwanym prowadzących Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe (...) spółkę cywilną T. S. i M. S. w S. o dostarczenie dokumentacji i informacji niezbędnych do oceny zasadności roszczenia powoda

Pozwani sprzeciwiali się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej, ale ona została wypłacona.

W czasie gdy toczyło się postępowanie przed tutejszym Sądem, toczyło się jednocześnie postępowanie sądowe w sprawie o zapłatę gwarancji, z powództwa ubezpieczyciela.

Wobec pozwanym podwykonawcy: Zakład (...) J. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 107.074,94 zł brutto z tytułu wykonania ścianki z grodziec stalowych w budynku mieszkalnym położonym w G. przy ul. (...), a drugi podwykonawca – Przedsiębiorstwo Budowlane (...) A. K. w Ż. wystawił pozwanym fakturę VAT nr (...) na kwotę 24.840,00 zł.

Pismem z 28 lipca 2016 r. pozwani zwracali się do powoda o bezpośrednią wypłatę wynagrodzeń należnych podwykonawcom wynikających z częściowego protokołu odbioru robót z dnia 28 czerwca 2016 roku dwóm podmiotom: Zakładowi (...) J. w wysokości 107.074,94 zł brutto oraz Przedsiębiorstwu Budowlanemu (...) A. K. w

wysokości 23.598,00 zł brutto. Pozwani wnosili o potrącenie powyższych kwot z wynagrodzeniem objętym fakturą VAT nr (...) z dnia 28 czerwca 2016 roku na wartość 264.400,50 zł. Pismem z dnia 29 lipca 2016 roku pozwani wezwali powoda do zapłaty wynikającej z faktury VAT nr (...) z 28 czerwca 2016 roku kwoty 264.400,50 zł w terminie 3 dni od otrzymania wezwania. Pozwani pismem z 11 sierpnia 2016 r. wzywali powoda do zapłaty wynagrodzenia i dokonania odbioru robót oraz rozliczenia się ze wszystkich kosztów budowy, a także przejścia pod swój dozór terenu budowy.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd I instancji uznał, że powództwo podlega oddaleniu. Na wstępie przytoczył treść art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgodnie z art. 656 § 1 k.c. do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Przez umowę o dzieło, stosownie do art. 627 k.c., przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia.

Sąd podkreślił, iż w przedmiotowej sprawie powód dochodził zapłaty kar umownych w łącznej wysokości 445.676,62 zł za nieterminowe wykonanie robót budowlanych w postaci budynku mieszkalnego wielorodzinnego w G. przez pozwanych z przyczyn leżących po stronie pozwanych oraz za odstąpienie od umowy przez powoda z przyczyn leżących po stronie pozwanych, powołując się na § 11 ust. 1 pkt 6 umowy oraz § 11 ust.1 pkt.1 umowy.

Powód miał zastrzeżenia, że zakończenie robót ziemnych miało nastąpić w przedostatnim tygodniu czerwca, zaś zostało wykonane 5 lipca 2016 r., prace w zakresie fundamentów rozpoczęły się 24 czerwca 2016 r., pierwsze elementy żelbetowe były wykonane od 6 lipca 2016 r., zaś zgodnie z harmonogramem miały rozpocząć się i zakończyć w czerwcu, prace w zakresie wykonania ścian i filarów rozpoczęto 22 lipca 2016 r., zaś zgodnie z harmonogramem roboty te powinny rozpocząć się w ostatnim tygodniu czerwca i skończyć w drugim tygodniu lipca. Pozwani z kolei podnosili, że brak było podstaw do naliczania kar umownych, ponieważ opóźnienia w realizacji prac objętych umową wynikały z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi powód.

W pierwszej kolejności Sąd meriti przytaczając stosowne orzecznictwo Sądu Najwyższego stanął na stanowisku, iż nie jest prawnie skuteczne domaganie się, jak czyni to powód w niniejszej sprawie, zapłaty jednocześnie kary umownej zastrzeżonej z obydwu wskazanych wyżej tytułów tj.; zarówno z tytułu opóźnienia, jak i z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy konsumuje bowiem niejako kary umowne zastrzeżone z powodu wystąpienia innych okoliczności, które stały się faktycznie podstawą do odstąpienia od umowy. Tym samym do rozważenia w ramach niniejszego postępowania pozostaje jedynie żądanie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy przez powoda, przy czym aby mówić o powstaniu obowiązku świadczenia kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek świadczenia kary oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Wykazanie zaistnienia okoliczności powodujących niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niezależnych od dłużnika i na które dłużnik nie miał wpływu powodować będzie uchylenie się dłużnika od zapłaty kar umownych.

W ocenie Sądu, z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że doszło do nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę robót budowlanych w postaci opóźnienia wykonywania robót względem przyjętego przez strony harmonogramu rzeczowo - finansowego, ale pozwany obalił domniemanie, że nienależyte wykonanie zobowiązań wynikało z przyczyn leżących po stronie pozwanych, tj. naruszenie umowy nastąpiły z przyczyn leżących po ich stronie.

Wszelkie bowiem opóźnienia, tak w zakresie zakończenia robót ziemnych, w zakresie fundamentów i w końcu w zakresie wykonania ścian i filarów nastąpiły- zdaniem Sądu I instancji opierającego się w tym zakresie na

wnioskach opinii (...) Stowarzyszeń (...) w G. - w wyniku okoliczności niespowodowanych przyczynami leżącymi po stronie pozwanych. Jak stwierdził biegły, przeprowadzona, skrupulatna analiza danych, związanych z planowaniem, projektowaniem i realizacją obiektu, wskazuje, że opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych wynoszące około 5 okresów podstawowych (tj. około 37 dni) nastąpiło wskutek konieczności wprowadzenia zmian do zatwierdzonej dokumentacji projektowej wskutek wystąpienia gruntu odmiennego od przyjętego przez Projektanta Konstrukcji, a także opóźnienie w wykonaniu ścianki szczelnej. Podstawowe przyczyny, które spowodowały opóźnienie były spowodowane okolicznościami, na które pozwani nie mieli wpływu. Biegły stwierdził dalej, iż na przedmiotowej budowie występowały takie okoliczności, które generowały okresowy brak frontu robót lub też jego znaczne ograniczenia.

Sąd zaznaczył także, iż w konsekwencji przesunięć terminów wykonywania poszczególnych części etapów robót budowlanych na placu budowy pozwani zwracali się do powoda o zaakceptowanie uaktualnionego harmonogramu rzeczowo – finansowego, uwzględniającego rzeczywiste terminy realizacji prac, późniejsze niż te, które zawierał pierwotnie złożony harmonogram, jednakże powód nie wyraził zgody na zatwierdzenie powyższego harmonogramu, ponieważ zaproponowane zmiany terminów uniemożliwiały ukończenie przedmiotu umowy w początkowo umówionym terminie.

Sąd uznał w dalszej kolejności, przyjmując w pełni ustalenia dokonane przez biegłego sądowego za własne, że terminowe wykonanie umowy nie było możliwe nigdy, poczynając od dnia jej podpisania. Minimalna bowiem ilość dni przewidywanych na wykonanie umowy wynosi 258 dni, zaś strony w umowie określiły 222 dni licząc od 22 kwietnia 2016 r., tj. od dnia podpisania umowy do 30 listopada 2016 r., tj. do dnia wykonania przedmiotu zamówienia.

Oświadczenia o odstąpieniu od umowy obu stron: pozwanych w dniu 3 sierpnia 2016 r. i powoda w dniu 3 i 19 sierpnia 2016 r. zostały złożone przed upływem terminu zakończenia umowy, przy czym w umowie brak było unormowania dotyczącego możliwości odstąpienia od umowy przez pozwanych, jako podwykonawców. Sąd pomijając ocenę zasadności złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy pozwanych, uznał, iż wobec tego, że opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych nie wynikało z okoliczności, za które odpowiedzialność ponoszą pozwani powód w sposób nieuzasadniony w swoim oświadczeniu o odstąpieniu od umowy podał, że nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie pozwanych i z tego tytułu rozpoczął naliczenie im kar umownych. Zdaniem Sądu nie sposób bowiem uznać w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, że nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nastąpiło z powodu okoliczności, za które pozwani ponoszą odpowiedzialność, a w związku z tym naliczenie przez powoda pozwanym kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanych było niezasadne.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Sąd I instancji uznał, iż powództwo podlegało oddaleniu. Sąd orzekł o kosztach w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, zobowiązując powoda do zwrotu stronie pozwanej kosztów postępowania oraz opłatę skarbową od pełnomocnictwa w łącznej kwocie 10.817 zł. Na podstawie art. 113 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1553 z późn. zm. – dalej jako: „u.k.s.c.” w zw. z art. 98 k.p.c. Sąd nakazał sięgnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 6.354,42 zł tytułem poniesionych przez Skarb Państwa, a nie uiszczonych wydatków, w postaci kosztów opinii oraz kosztów podróży świadków.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wywiódł powód zaskarżając je w całości i zarzucając naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj.:

- art. 227 w zw. z art. 217 § 3 k.p.c. przez przyjęcie, że okoliczności wskazane w piśmie procesowym powoda z dnia 21 lutego 2019 r. zostały udowodnione za pomocą dowodów z dokumentów bądź dotyczą okoliczności niespornych pomiędzy stronami, a przez to oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie C. O. (1), podczas gdy okoliczności te nie zostały udowodnione dokumentami oraz były sporne pomiędzy stronami procesu, a które miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy;

- art. 233 § 1 k.p.c. przez błędną i niezgodną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę materiału dowodowego tj. zeznań B. N. (1) i M. W. polegającą na przyjęciu, że zeznania te są niewiarygodne, podczas gdy zeznania te są ze sobą spójne korelują z postanowieniami umownymi oraz zeznaniami Ł. C. (1) ;

- art. 233 § 1 k.p.c. przez nieodniesienie się w uzasadnieniu wyroku do wszystkich dowodów przedstawionych w toku postępowania, oraz do wszystkich okoliczności mających istotne znaczenie dla sprawy, tj. do złożonej do akt sprawy umowy łączącej strony z dnia 22 kwietnia 2016 r., w której to powód wraz z pozwanym zawarł oświadczenie wykonawcy o zapoznaniu się z miejscem wykonywania przedmiotu umowy, w tym warunkach otoczenia oraz, że nie widzi przeciwwskazań do wykonania przedmiotu umowy i nie zgłasza żadnych zastrzeżeń tj. §1 ETAP II ust. 5 umowy z dnia 22 kwietnia 2016 r.

Wskazując na powyższe zarzuty, apelujący na podstawie art. 380 k.p.c. oraz 382 k.p.c. w zw. z art. 241 k.p.c. wniósł o rozpoznanie przez Sąd II instancji postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 7 sierpnia 2019 r. oddalającego wniosek dowodowy powoda o dopuszczenie dowodu zeznań świadka C. O. (1), na okoliczność możliwości zatrudnienia przez pozwanych pracowników, co umożliwiłoby pozwanym wykonanie prac w terminie, braku koordynacji przez Pozwanych robót wykonywanych oraz zmiany dokumentacji projektowej na wniosek Pozwanych w celu przyspieszenia realizacji prac. Nadto, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwoty 445.676,62 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 15 września 2016 r., a także zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda kosztów postępowania za obie instancje w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na apelację pozwani wnieśli o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na ich rzecz kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według przedłożonego spisu kosztów ewentualnie według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje :

Apelacja podlega oddaleniu.

Wywiedziony środek odwoławczy został oparty co do zasady na zarzutach obrazy prawa procesowego, a mianowicie art. 227 k.p.c. oraz art. 233 k.p.c., które na gruncie przedmiotowej sprawy okazały się niezasadne, bowiem w stanie faktycznym analizowanej sprawy istotą rozstrzygnięcia było ustalenie z jakich powodów doszło do opóźnienia w procesie budowlanym budynku mieszkalnego wielorodzinnego z miejscami parkingowymi w części podziemnej na terenie usytuowanego w G. przy ul. (...). Zasadniczym dowodem na powyższą okoliczność była opinia biegłego sądowego (...) Naczelnej Organizacji Technicznej, która stanowiła jedną z głównych, obok zeznań świadków, podstaw wydania zakwestionowanego orzeczenia.

Sąd I instancji nie mógłby bowiem podjąć rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie w oparciu o dowód z zeznań świadków, w tym wnioskowanego przez stronę powodową świadka C. O. mogących dostarczyć wiedzę na temat liczby przebywających na budowie pracowników i ustaleń, czy była ona wystarczająca czy też nie, bez sięgnięcia do wiedzy specjalistycznej z zakresu budownictwa lądowego.

Powołany w sprawie biegły przeanalizował poszczególne etapy procesu budowlanego począwszy od robót ziemnych, w toku wykonywania których niezbędnym okazało się przeprowadzenie dodatkowych badań gruntu, bowiem jego stan różnił się od tego, jaki wynikał z projektu konstrukcji a w konsekwencji powyższego koniecznym stała się jego częściowa wymiana wraz z zagęszczeniem, co stanowiło rozszerzenie zakresu prac ziemnych, koniecznych do wykonania na budowie w stosunku do zakresu prac wynikającego z projektu budowlanego. Ilość dni przewidziana harmonogramem na wykonanie robót ziemnych wynosiła 23 dni, natomiast od dnia, w którym harmonogram przewidywał rozpoczęcie prac ziemnych, tj. od 6 czerwca do dnia stwierdzenia wątpliwej jakości gruntu czyli do 24 czerwca minęło 18 dni, czyli 78% czasu przewidzianego w harmonogramie na wykonanie całości robót ziemnych w zakresie wykopów. Jak podkreślił biegły w tym czasie wykonano około 80 % planowanych robót, skoro natrafiono na

słabe grunty, które zalegały na około 20 % powierzchni wykopu. W dniu 24 czerwca 2016 r., z uwagi na stwierdzenie zalegania poniżej poziomu posadowienia warstw gruntu, nie uwzględnionych w projekcie konstrukcji, roboty musiano przerwać i zawiesić do czasu otrzymania decyzji projektanta co do dalszego postępowania. Samo opracowanie danych geologicznych mogło potrwać dwa tygodnie, do czego należy dodać czas potrzebny na opracowanie zamiennego projektu konstrukcji fundamentów. Konieczne było bowiem opracowanie zamiennego projektu ław fundamentowych w strefie wjazdu do garażu, które trwało dwa tygodnie ponieważ z uwagi na wcześniejsze wykonanie robót sieciowych nie było już możliwe wykonanie fundamentów w wersji projektowanej.

Biegły wyraźnie zatem stwierdził, iż roboty ziemne były prowadzone w warunkach utrudnionych poprzez konieczność oczekiwania na decyzje projektowe, związane z wystąpieniem odmiennych warunków gruntowych, dlatego zakończenie ich w dniu 5 lipca, a zatem po okresie przewidzianym w harmonogramie należało uznać za usprawiedliwione i nie spowodowane przyczynami leżącymi po stronie pozwanych. Z kolei opóźnienie w rozpoczęciu robót fundamentowych, które nastąpiło w dniu 24 czerwca 2016 r. zostało spowodowane przedłużeniem robót ziemnych i tak jak w poprzednim wypadku nie wynikało z przyczyn, na które pozwani nie mieli wpływu. Konsekwentnie prace w zakresie wykonania ścian i filarów rozpoczęto z opóźnieniem spowodowanym opóźnieniem wynikającym z robót ziemnych, przy czym opóźnienia w wykonaniu ścianki szczelnej miało związek m.in. z koniecznością wprowadzenia zmian do jej zatwierdzonego projektu z uwagi na zmianę przebiegu sieci na działce i za okoliczności nie odpowiadają pozwani. Ostatecznie biegły postawił tezę, że opóźnienia na poszczególnych etapach wynikały ze zbyt powolnego reagowania nadzoru autorskiego wobec konieczności zmian w projektach. Co istotne, za opóźnienia te wynikające ze wskazanych okoliczności pozwani nie ponoszą odpowiedzialności.

Sąd I instancji słusznie uznał powyższą opinię, za kompletną, logiczną i merytorycznie poprawną, której tezy zostały szczegółowo i konsekwentnie uzasadnione i korelują z materiałem dowodowym w postaci dokumentów dotyczących przebiegu inwestycji jak również z zeznaniami świadków powołanych przez sąd jako podstawa dokonania w sprawie ustaleń faktycznych.

W tej sytuacji, jeżeli strona powodowa usiłowała udowodnić, że dane na których oparł się biegły były nieprawidłowe, czy też niepełne w świetle stwierdzenia, iż w aktach sprawy nie było dokumentacji niezbędnej do określenia, czy zaangażowanie ludzkie i sprzętu po stronie pozwanych było wystarczające, to winna złożyć wnioski dowodowe, co najmniej w przedmiocie uzupełnienia opinii czy też ją podważyć przedkładając chociażby inną ekspertyzę. Tymczasem pomimo doręczenia opinii biegłego powodowi ze zobowiązaniem do wypowiedzenia się co do treści opinii, w szczególności czy powód zgłasza dalsze pytania, zarzuty czy twierdzenia pod rygorem ich pominięcia, strona powodowa nie sformułowała żadnych dodatkowych pytań do biegłego i nie złożyła żadnego wniosku o uzupełnienie tejże opinii ze wskazaniem zakresu uzupełnienia. Ograniczyła się jedynie do oświadczenia, że nie zgadza się z tezami zawartymi w opinii i kwestionuje zawarte w niej wyliczenia, nie popierając powyższego stanowiska żadnymi twierdzeniami mogącymi zaprzeczyć, iż złożona opinia odpowiada przepisom prawa i zakresowi udzielenia wiadomości specjalnych.

W tej sytuacji trudno by Sąd Apelacyjny z pominięciem przepisów rządzących zasadą koncentracji materiału procesowego i z uchybieniem art. 381 k.p.c. czynił dodatkowe ustalenia z których wynikałoby ilu pracowników ze strony pozwanych winno być zaangażowanych w wykonanie robót będących przedmiotem umowy pomiędzy stronami. Z tych powodów zarzut naruszenia prawa procesowego nie był zasadny.

Nadto Sąd I instancji w sposób wyczerpujący uzasadnił dlaczego nie uwzględnił wniosku o przesłuchanie świadka C. O. (1) zgłoszony w piśmie procesowym z 21 lutego 2019 r., wskazując, że okoliczności na których wykazania miałby zostać przesłuchany świadek, zostały udowodnione za pomocą dowodów z dokumentów bądź dotyczą okoliczności niespornych między stronami.

Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. Zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności procesu oraz zasadą rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c.) to na stronach spoczywa obowiązek udowodnienia okoliczności faktycznych, z których każda z nich wywodzi określone skutki prawne, a zaofiarowany przez

strony materiał dowodowy podlega swobodnej ocenie Sądu według kryteriów przewidzianych w art. 233 § 1 k.p.c. W literaturze i orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, że dla skuteczności zarzutu powyższego unormowania konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w zakresie oceny materiału dowodowego. Zgodnie z tym przepisem, sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów. Dotyczy ona rozstrzygnięcia o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania składu orzekającego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Zarzut w tym przedmiocie, a więc sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, może być skuteczny w sytuacji, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Przytoczenie w apelacji odmiennej, własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, na który powołuje się apelujący, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez sąd przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Jeżeli więc wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby dawały się z niego wysnuć także wnioski odmienne. Zatem, jedynie w sytuacji, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi w sprawie dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. W szczególności strona skarżąca powinna wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając. Strona może tylko podnosić, posługując się argumentami jurydycznymi, że sąd rozpoznający sprawę rażąco naruszył zasady logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego, a uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy (por. wyrok SN z dnia 18 czerwca 2004 r., II CK 369/03, Lex nr 174131). W wywiezionej apelacji strony powinny były zatem wykazać, co nie nastąpiło, że Sąd I instancji uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, ponieważ tylko takie uchybienie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Samo zaś przekonanie strony o odmiennej ich ocenie niż ocena sądu nie jest w tym zakresie wystarczające.

Sąd I instancji dokonał oceny dowodów z uwzględnieniem zasady logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego i przedstawił tę ocenę w uzasadnieniu skarżonego wyroku. W tej sytuacji gołosłowne i nieuzasadnione jest formułowanie przez powoda zarzutów o rzekomo rażąco błędnej ocenie materiału dowodowego dokonanej przez Sąd meriti. W istocie wywody zawarte w uzasadnieniu apelacji stanowią dowolną i niczym nieuzasadnioną polemikę z oceną dowodów dokonaną przez Sąd Okręgowy.

Sąd I instancji skrupulatnie dokonał ustaleń faktycznych związanych z zawarciem i wykonaniem przez strony umowy, wskazując na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie przyznał mocy dowodowej pozostałym, zgromadzonym w sprawie. Wyraźnie przy tym stwierdził, dlaczego nie dał wiary w przeważającej części zeznaniom świadków: B. N. (1) oraz M. W., podnosząc, iż były sprzeczne ze zgromadzonym w sprawie materiałem uwzględnionym przy ustalaniu stanu faktycznego, w szczególności w zakresie w jakim twierdzili, że opóźnienia, jakie powstały w toku współpracy wynikały z przyczyn obciążających pozwanych, co było sprzeczne z dowodem z opinii biegłego sądowego, jak również dowodem z zeznań świadka T. J. oraz dowodem z przesłuchania pozwanego M. S.. Sąd Okręgowy słusznie podniósł, iż twierdzenia świadków M. W. i B. N. (1) jakoby przyczyną opóźnień było zbyt małe zaplecze pracownicze, nie korespondują z wnioskami wypływającymi z opinii biegłego, który stwierdził, że nigdy nie było możliwe terminowe wykonanie umowy, niezależnie od tego, czy istniało opóźnienie w prowadzeniu robót, czy też nie. Za sprzeczne z dowodem z opinii biegłego oraz z zeznaniami świadków: Ł. C. (1) i T. J., którzy twierdzili, że w trakcie wykonania zmian projektu nie można było wykonywać robót budowlanych na placu budowy, Sąd uznał twierdzenia świadka B. N. (1), wedle którego wykonanie zmiany projektu fundamentu nie powodowało wstrzymania prac pozwanych. Z tego powodu za niezgodne ze stanem rzeczywistym należy uznać należy twierdzenia apelującego, że zeznania świadka B. N. korespondują z zeznaniami Ł. C..

Przystępując do oceny zasadności zarzutów prawa materialnego należy stwierdzić, że i one nie okazały się uzasadnione.

Po stronie powodowej nie powstało roszczenie o zapłatę kary umownej albowiem, jak wynika z wyżej przedstawionych rozważań, opóźnienie w wykonaniu zobowiązania nie wynikało z przyczyn leżących po stronie pozwanych. Regulacja art. 483 i 484 k.c. osadzona jest w reżimie odpowiedzialności kontraktowej, opartym na winie, podlegającej domniemaniu (art. 471 i n. k.c.). Pozwani zdołali dowieść, że za opóźnienie w budowie nie ponoszą odpowiedzialności.

Sąd Apelacyjny podzielił również stanowisko Sądu I instancji, które znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, iż roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (tak: uchwała SN z 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12, L.). Kara umowna może być przewidziana zarówno za szkodę spowodowaną, ogólnie ujętym, nienależytym wykonaniem zobowiązania, jak również za szkodę spowodowaną poszczególnymi przejawami nienależytego wykonania zobowiązania, np. za opóźnienie albo zwłokę w spełnieniu świadczenia. Niewykonanie zobowiązania nie może być zarazem postacią nienależytego wykonania zobowiązania. O nienależytym wykonaniu zobowiązania można mówić jedynie do chwili, gdy strony łączy węzeł obligacyjny, a wynikające z niego obowiązki były wykonywane nienależycie, np. co do miejsca, jakości, czy terminu spełnienia świadczenia. Jeżeli następuje odstąpienie od umowy dochodzi do niewykonania zobowiązania. Przesądził o tym sam ustawodawca, który w art. 494 k.c., przyjął, że w razie odstąpienia od umowy, strona, która odstąpiła od umowy, może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

Konsekwentnie więc należy przyjąć, że skoro nienależyte wykonania zobowiązania nie jest zarazem niewykonaniem zobowiązania również nie zachodzi tożsamość pomiędzy szkodą doznaną przez stronę umowy na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkada doznana na skutek niewykonania zobowiązania pochłania szkodę powstałą wskutek nienależytego wykonania zobowiązania, w tym więc szkodę doznaną przez stronę do czasu odstąpienia od umowy. Zatem, jeżeli umowa przewiduje odrębną karę umowną „na wypadek odstąpienia od umowy” („w związku z odstąpieniem od umowy”), to jest to kara umowna za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, której częścią jest szkoda, wcześniej doznana, na skutek nienależytego wykonania zobowiązania.

Wobec tego nie można przyjąć, aby w takim przypadku strona mogła żądać kary umownej przewidzianej za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz kary umownej za szkodę wynikłą z niewykonania zobowiązania (por. uchwała SN z 16 stycznia 1984 r., III CZP 70/83, OSNC 1984, nr 8, poz. 131, wyrok SN z 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10, OSNC-ZD 2011, nr 4, poz. 85). Kary te bowiem logicznie się wykluczają. Słusznie zatem uznał Sąd I instancji, iż żądanie zasądzenia na rzecz powoda w niniejszym postępowaniu kary umownej w łącznej wysokości 445.676,62 zł z tytułu opóźnienia w wykonaniu prac zleconych pozwany jest niezasadne niejako a priori, w sytuacji jednoczesnego domagania się kary umownej za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy (pозwanych) uznając, iż jedynym podlegającym w świetle przytoczonego orzecznictwa jest jedynie żądanie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy przez powoda.

W świetle powyższego Sąd Apelacyjny nie mógł uwzględnić postulatu apelującego o wydanie rozstrzygnięcia reformatorskiego i oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c. uznając ją za niezasadną, o czym orzekł w pkt 1. sentencji niniejszego wyroku.

W pkt 2. rozstrzygnięcia, Sąd Odwoławczy w oparciu o art. 98 § 1 k.p.c. oraz § 2 pkt. 7 rozporządzenia MS z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015, poz.1800 z późn. zm.) w zw. z §10 ust 1 pkt 2) zasądził od strony powodowej na rzecz pozwanych kwotę 8.100 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym. Sąd Apelacyjny nie znalazł przy tym żadnych podstaw by odstąpić w niniejszej sprawie

od stawek przewidzianych we wskazanym rozporządzeniu i zasądzić od powoda na rzecz każdego z pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według przedłożonego spisu kosztów - (k.879-880).